ZUR GESCHICHTE DER ZESSION*

VON

GEORG H. MAIER †

Gemeinhin lehrt man, daß die persönliche Natur der römischen Obligation die Anerkennung von Zession und Schuldübernahme verhindert habe. Aktivnovation und Prozeßstellvertretung *„in rem suam"* gelten – nach Gai. 2, 38 f. – als Surrogate der Zession, Passivnovation und „Defensionsübernahme"[1] als solche der Schuldübernahme. Beide Arten von Ersatz werden als mehr oder weniger kümmerliche Behelfe bewertet – die Novation, weil sie eine neue Obligation begründet, zudem Mitwirkung des Neueintretenden erfordert, die Prozeßstellvertretung wegen der Unsicherheit der Rechtsstellung des „Zessionars" und des Urschuld-

---

* Die hier abgedruckte Arbeit entstammt der unveröffentlicht gebliebenen Habilitationsschrift: „'Juris vinculum inter personas': Studien zum römischen und modernen Obligationsbegriff" des 1945 in russischer Kriegsgefangenschaft verstorbenen Schülers *Ernst Rabels;* die Schrift war von der Berliner Juristischen Fakultät im Jahre 1933 angenommen worden, doch verweigerte im darauffolgenden Jahre das Preuß. Kultusministerium die Erteilung der venia legendi wegen der von *Maier* furchtlos bekundeten Ablehnung des nationalsozialistischen Systems. – Bei der Herausgabe des hier erscheinenden Abschnitts konnten einige der handschriftlichen Bemerkungen verwendet werden, die *Rabel* als Referent der Fakultät am Rande des Originals angebracht hatte. Neuere Literatur wurde durch Herrn *Fritz Sturm,* Lic. en Droit, Lausanne (jetzt Heidelberg), nachgetragen (Zusätze sind durch eckige Klammern gekennzeichnet); Herrn *Sturm* sei auch an dieser Stelle der herzliche Dank der Herausgeber zum Ausdruck gebracht. [Ein anderer Abschnitt der *Maier*schen Habilitationsschrift wurde unter dem Titel: „Irrtümliche Zahlung fremder Schulden" im Archiv für die civilistische Praxis 152 (1952/3) S. 97 ff. veröffentlicht.] H. J. W.

[1] Auf sie verweist *Siber*, RPR 289. Ausführlich handelt darüber *Cropp* (und *Heise*), JurAbh. I (1827) 255 ff. [Von neuerer Literatur ist der Corso von *Cugia,* La nozione della cessione del credito e dell'azione (1939) heranzuziehen. Vgl. vom selben Autor: „Inammissibilità del mandatum actionis nella cessione e nell'accollo classici", Studi Arangio-Ruiz IV 291 ff.; ferner *Beseler,* ZSSt. 66 (1948), 265 ff., insbes. 268, 269.]

ners vor der – vielleicht mangels Fälligkeit noch nicht möglichen – Litiskontestation. Als entscheidende Reformen erscheinen die *actiones utiles,* die Pius zuerst beim Erbschaftskauf gab, und die (pseudo-)gordianische Denunziation an den Schuldner. Im Vergleich damit wird nicht nur die kommerzielle Beweglichkeit der deutschrechtlichen „Schuld", sondern vielfach auch die Geltung der Zession im Papyrusrecht „in einer die stadtrechtliche Entwicklung so sehr überflügelnden Weise" gerühmt[2].

Im großen ganzen ist der skizzierte Ablauf der Geschichte der römischen Zession unzweifelhaft. Doch ist er in zwei Punkten etwas zu berichtigen. Der eine betrifft die Formulierung, die Mängel, die man an der Novation mit Gläubiger- und Schuldnerwechsel im Vergleich mit unseren modernen Instituten zu bemerken glaubt. Der zuerst genannte ist nicht zu ernst zu nehmen. Ob eine Forderung oder Schuld in der Person des Neueintretenden neu oder mit der bisherigen identisch ist, ist bekanntlich eine auch heute verschieden beantwortete, rein konstruktive Frage. Inhaltlich war die Novationsstipulation mit ihrem *quod illi debes, quod illi mihi debet* vom Urschuldverhältnis genau so abhängig („tituliert"), wie es die heutigen Institute der Abtretung und Schuldübernahme sind[3]. So bleiben als erschwerende Momente allein das Erfordernis der Mitwirkung der neuen Person[4] und das Erlöschen der Sicherungen, die wir heute beide bei der Schuldübernahme, aber nicht mehr bei der Abtretung kennen.

Zum anderen wird bei der Prozeßvertretung des Klägers die Unsicherheit der Stellung des Zessionars als Prozeßvertreter wohl meist überschätzt.

---

[2] So, mit einigem Vorbehalt, *Wenger,* Stud. Fadda 90, s. auch S. 84; *Mitteis,* Grundz. 115; dagegen *Rabel,* Grundz. 477 N. 3. [Vgl. jetzt auch *Taubenschlag,* Law of Greco-Roman Egypt, New York 1944, 316, und *Angelo Segrè,* BIDR 34 (1925) 133 ff.; 37 (1929) 77 ff.; s. jedoch auch *H. J. Wolff,* Transact. Amer. Philol. Ass. 72 (1941) 436 f.].

[3] [Hierzu *Rabel,* „In tema di delegazione" (Scr. Ferrini Mil. IV 218 ff.).]

[4] Aber nicht notwendig gleichzeitige Anwesenheit, da die Novation ja auch durch Literalkontrakt erfolgen kann. [Gegen die gegenteilige Ansicht, die vor allem von *Salpius,* Novation und Delegation nach römischem Recht 146 ff., *Gide,* Études sur la novation 208 ff.; *Meylan,* „La réforme justinienne de la novation" in Acta Congr. Jur. Internat. (Rom 1935) I 281 ff., vertreten wird, vgl. *Bonifacio,* Novazione nel diritto romano, Neapel 1950, 53 ff.].

I.

Widerruflichkeit?

Dies gilt zunächst von der Frage nach dem Erlöschen der „Vollmacht" durch Tod oder Widerruf. Außer Frage steht, daß der Zedent auch nach der Zession dem Zessionar zuvorkommen und mit dem Schuldner die Litiskontestation vollziehen kann. Es scheint aber heute auch allgemeine Meinung[5] zu sein, daß ohne Litiskontestation durch bloßen Widerruf der Vollmacht oder durch den Tod eines der Beteiligten die Zession hinfällig wird: was für den *procurator* bei Vertretung der Interessen des *dominus* aus dem zugrunde liegenden Mandatsverhältnis folgt und durch Vat. 333 bestätigt, und für den *cognitor* durch D. 3, 3, 16[6] bezeugt ist, das wird auf den *procurator* und *cognitor in rem suam* übertragen. Der schon durch die einfachsten rechtspolitischen Erwägungen unterstützte Widerspruch von *Gide*[7] ist in der neuen Forschung[8] ungehört geblieben. Allerdings ist die Beweiskraft einiger seiner Stellen von *Girard*[9] mit Recht in Zweifel gezogen. Aber das gilt nicht von allen, und gerade seine Hauptstelle, die früher viel erörterte C. 4, 10, 1 (Gordian), beweist für ihn und nicht für *Girard.*

> *Data certae pecuniae quantitate ei cuius meministi in vicem debiti actiones tibi adversus debitorem, pro quo solvisti, dicis esse mandatas et, antequam eo nomine litem contestareris, sine herede creditorem fati munus implesse proponis, quae si ita sunt, utilis actio tibi competit.*

Einigkeit besteht darüber, daß der Zessionar die *actio utilis* hier nur deshalb erhält, weil er die *actio mandati* nicht mehr geltendmachen kann. Den Grund sehen die meisten[10] der Älteren in einem Erlöschen des Mandats durch den Tod des Zedenten: daß dieser ohne Erben gestorben ist, hat für diese Interpreten keine Bedeutung[11]. *Cujaz* und *Glück*[12], die die-

---

[5] Vgl. *Girard,* Manuel 779 f.; *Sohm,* Inst. 464; *Rabel,* Grundz. 477; *Siber,* RPR 287. – Über die alte z. T. abweichende Literatur (namentlich *Cujaz* und *Glück*) vgl. *Mühlenbruch,* Lehre v. d. Cession[3] (1836), 178, 491 N. 3.

[6] Vgl. *Wlassak,* Cognitur 30.

[7] Novation 291 ff.

[8] Selbst bei *Eisele,* ZSSt. 27. 69.

[9] Manuel 779 N. 3. – Die Begründung zu D. 3, 3, 55 müßte allerdings wohl anders ausfallen; die Stelle handelt gar nicht vom Widerruf, sondern von einem Versuch des *dominus,* die Litiskontestation des *cognitor* (*Lenel* 1446; a. M. *Siber,* RPR 288) zu hintertreiben.

[10] Statt aller: die Glosse; *Mühlenbruch* 174; *Windscheid,* Die actio 125; *Bechmann,* KritVJSchr. 10. 216.

[11] S. jedoch *Mühlenbruch* 194 N. 364.

[12] Pand. XV 349.

sen Umstand betonen, kommen so dazu, bei beerbtem Tode die „Vollmacht“ nicht erlöschen zu lassen. Aber welche Rolle das Vorhandensein von Erben dabei eigentlich spielt, vermochten sie (ohne Kenntnis des Gaius) nicht zu sagen: die richtige Antwort gibt *Gide*[13]. Denn eine Klage mit der gewöhnlichen (prokuratorischen) Formel, deren *intentio* auf ein *domino dari oportere* lautete, ist unmöglich, wenn der *dominus* ohne Erben stirbt. Wie eine dennoch, etwa in Unkenntnis von dem Tode, geschlossene Litiskontestation beurteilt worden wäre, ob sie insbesondere ähnlich wie die von einem *defensor mortui* geschlossene nach D. 5, 1, 74, 2[14] geradezu nichtig gewesen wäre[15], dafür haben wir meines Wissens keinen Beleg. Aber zu einer Verurteilung konnte sie jedenfalls nicht führen, wenn der Tod des Zedenten rechtzeitig bekannt wurde – und damit war Grund genug für eine *actio utilis* vorhanden.

Den Beweis, daß diese Erklärung richtig ist, liefert der Bericht des Thalelaeus[16] über eine Ansicht des Patricius, eines der Heroen von Beryt, der unsere Konstitution mit C. 6 *eod.* (Diokl.) auseinandersetzt. C. 6 gibt nämlich – nach *Krügers* zweifellos richtiger Textrestitution – die Pfandklage des Zedenten *superstite eo ex eius persona* dem Zessionar der gesicherten Forderung. Warum nur *superstite eo?* Diese Worte sollen nach Patricius *οὐδαμοῦ τὴν οὐτιλίαν ἀνελεῖν τελευτήσαντος αὐτοῦ, ἀλλὰ ζῶντος μέμνηται, ὡς μέλλουσα ἀντεισάγειν τὸ ex eius persona,* und Patricius fährt fort: *εἰ δὲ ἐτελεύτησεν, οὐκέτι ἐδύνατο ἐκ προσώπου αὐτοῦ κινῆσαι, ἀλλὰ λοιπὸν ἀνάγκην εἶχεν χρήσασθαι οὐτιλίᾳ ἐκ προσώπου ἰδίου.* Patricius faßt dann das Ergebnis zusammen: Bei Lebzeiten des Zedenten *actio ex persona eius,* nach seinem Tode *actio utilis.* Für unsere c. 1 ergibt sich als klare Ansicht des Patricius, daß der Zessionar die *actio utilis deshalb* braucht, weil er nicht mehr *ex persona eius,* d. h. des Verstorbenen, klagen kann. *Ex persona eius* – darin liegt mehr als ein bloßer Gegensatz zu dem problematischen *suo nomine* der *actio utilis.* Denn *ex persona alterius* ist nach Gai. 4, 35, 86 die technische Bezeichnung dafür, daß die *intentio* des Formularprozesses auf einen anderen abstellt als die *condemnatio.*

Freilich hat Gordian vielleicht, und hat Patricius gewiß nicht an einen Formularprozeß gedacht. Aber die Formeln selbst haben den Prozeß mit Formeln überlebt[17], und gerade bei der antikisierenden Tendenz der

---

[13] AaO 295. [14] Dazu *Maier,* ZSSt. 50. 491.

[15] So Gide aaO.

[16] *Heimbach* III 23 – z. T. abgedruckt bei *P. Krueger,* C. 4, 10, 6.

[17] Dazu *Wenger,* Inst. 269 mit N. 33/34, woselbst die große, seit *Bekker,* Aktionen II 358 ff., erwachsene Literatur; besonders *Costa,* Profilo 154 N. 1 und – im entgegen-

Heroen von Beryt darf uns eine solche „Verwertung des Formalismus einer abgestorbenen Entwicklung für die Spätzeit" am wenigsten wundern. Von dem genannten Formelproblem scheint mir deshalb Patricius zu reden, und aus dieser Formelschwierigkeit scheint mir – wie *Gide* – das Reskript Gordians sich zu erklären[18].

Für die Einflußlosigkeit des Todes des *Zessionars* gibt andererseits Justinian selbst in C. 8, 54, 33 pr. ein deutliches Zeugnis. Vor Justinian unterschied man hiernach, ob die Zession schenkungshalber oder auf Grund eines Kaufs erfolgte. Nur im ersten Fall war die Stellung des Zessionars vor der Litiskontestation unvererblich, und ihre Schwäche wird man unschwer aus den Besonderheiten des Schenkungsrechts erklären können[19]. Damit wird es zusammenhängen, daß die „Schenkung eines Forderungsrechts" sich in unseren Quellen immer in der Form mittelbarer Zuwendung (durch Delegationen und anschließende Novationen) vollzieht[20].

Schließlich beweist für den *cognitor in rem suam* auf seiten des Beklagten das von *Gide* angerufene D. 3, 3, 42, 2, daß nicht Auftragsrecht galt, sondern das jeweilige Kausalverhältnis über die Anwendung von Kauf-, Auftrags- oder sonstigen Normen entschied. Das Gleiche lehrt uns Cicero (*Rosc. Com.* 37, 53), wonach das Verhältnis von *dominus* und *cognitor* durch Stipulation geregelt werden, aber auch sich nach Gesellschaftsrecht bestimmen konnte[21].

gesetzten Sinne – *Levy,* Konk. 2, 1, 17 ff. [Neuere Literatur ist in der amerikanischen Ausgabe von *Wengers* Werk (Institutes of the Roman Law of Civil Procedure, New York 1940), S. 266 N. 33/34 zu finden; ferner *Collinet,* La nature des actions, des interdits et des exceptions. Études historiques sur le droit de Justinien III, 1947].

[18] Daß Patricius dabei die Worte *sine herede* in c. 1 nicht erwähnt, erklärt sich m. E. (gegen *Eisele*) einfach daraus, daß er überhaupt nicht eigentlich von c. 1, sondern nur von c. 6 spricht. Ob er für letztere Recht hat – oder ob mit Thalelaeus bei der Pfandklage eine *actio utilis* zu verneinen war, mag auf sich beruhen. Übrigens wäre letztere weniger undenkbar als überflüssig oder doch mit der *actio mandati* identisch (anders *Eisele* aaO). Denn die *actio Serviana* hätte – *Lenels* Rekonstruktion als schlechthin richtig vorausgesetzt – in der Hand des Prokurators einfach gelautet: ... *convenisse,* ut ... *Gaio Seio pignori esset,* und das gleichviel, ob Seius lebte oder tot war (vgl. ZSSt. 50. 489 N. 2).

[19] *Gide,* aaO 294.

[20] Darüber *Mitteis,* RPR 165 f., der leider die Perfektion bei gewöhnlicher Zession nicht erörtert. Von den Stellen bei *Windscheid* § 365 N. 10 macht allein die C. 8, 53, 2 eine Ausnahme – und in ihr wird die Frage der Widerruflichkeit nicht berührt.

[21] Daß freilich für den fremdnützigen *cognitor* in der Regel Auftragsrecht galt, scheint mir für das klassische Recht unzweifelhaft. Die Bedenken von *Eisele,* Cognitur 159 und *Schulz,* ZSSt. 27. 139 halten nicht Stich, sobald es überhaupt einmal ein Mandat gibt.

II.

Datierungsversuche

Im übrigen wird man bei der Beurteilung des Werts der Prozeßstellvertretung als eines Ersatzes für Zession und Schuldübernahme Kognitur und Prokuratur[22] auseinanderhalten müssen. Daß beide Formen aktiv und passiv *in rem suam* vorkommen, ist durch Gai. 2, 39 und die Vatikanischen Fragmente (bes. 317. 339) außer Zweifel gestellt. Über das Verhältnis beider Zessionsformen zueinander geben die Quellen keine unmittelbare Auskunft. Verbreitet ist die Lehre, daß die Kognitur zur Verwendung *in rem suam* geeigneter und deshalb der *cognitor in rem suam* die ältere und in klassischer Zeit wichtigere Figur gewesen sei[23]. Mir scheint die Annahme eines höheren Alters mit *Eiseles* bekannten und von *Wlassak*[24] widerlegten Thesen von dem Alter und der Entstehungsgeschichte überhaupt zu stehen und zu fallen.

Nicht weil es unwahrscheinlich wäre, daß die jüngere, erst nach der *lex Aebutia* in den Bürgerprozeß eingedrungene Institution alsbald die Führung übernommen haben sollte – tatsächlich hat sie es später doch getan – sondern weil die Datierung der Zession, zu der *Eisele* kommt und kommen muß, viel zu spät, ja unmöglich ist. Denn nicht jeder *cognitor*, sondern nur der *cognitor ad agendum*, der *in iure* auftritt und selbst die Litiskontestation abschließt, kann ein Vorbild für die Zession abgegeben haben, und diesen *cognitor* (mit ihm die Anfänge der Zession) setzt *Eisele*

---

[22] [Zum Problem der Kognitur und Prokuratur ist an Literatur nachzutragen: *Albertario*, „Procurator unius rei“ (Studi dell'Istituto giuridico dell'Università di Pavia 6, 1921, 87–114 = Studi di diritto romano III, 495 ff.); *Betti*, Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata (Macerata 1922) 330 ff. Ferner ist zu beachten: *Frese*, Das Mandat in seiner Beziehung zur Prokuratur (Studi Riccobono IV 397 ff.); *Morelli*, Die Geschäftsführung im klassischen römischen Recht, 1935 (dazu die Rezension *Kadens* in ZSSt. 56. 342 ff.); *De Robertis*, Invitus procurator (Ann. Sem. Giurid.-Econ. Bari VIII, 1935); *Donatuti*, „Mandatum praesumptum“ in Studi Albertoni I (1935) 367 ff.; *Bossowsky*, Die Abgrenzung des mandatums und der negotiorum gestio im klassischen und justinianischen Recht (Lemberg, Archivum XX, 2, 137); *Cosentini*, „Ratihabitio mandato comparatur“ in Ann. Sem. Giur. Catania I (nuova serie) 1947, 240 ff.; *Serrao*, Il procurator (1947); *Luzzatto*, Procedura civile romana II (1948) 244 ff.; *Pugliese*, Il processo formulare I (1948) 311 ff.; *Solazzi*, „Il procurator ad litem“ in Atti Accad. Napoli 62 (1948) 27 ff.].

[23] So *Eisele*, Cognitor 69 ff., 113 ff.; *Schulz*, ZSSt. 27. 139 ff.; *Girard*, Manuel 780 [vgl. *Schulz*, Classical Roman Law 627].

[24] Zur Geschichte der Cognitur (Bresl. Festg. f. Jhering, 1892) *passim;* a. M. *Lenel*, ZSSt. 4. 150; zweifelnd *Wenger*, Inst. 85 N. 36.

erst in die augusteische Zeit! *Schulz*, der *Eisele* folgt, ergänzt das Bild dadurch, daß er die prokuratorische Zession erst um die Mitte des zweiten Jahrhunderts recht in Übung kommen läßt[25]. Die Aera Ciceros ohne jedes Zessionsinstitut, die Kaiserzeit bis Julian und Celsus ohne Zession in Abwesenheit des Schuldners – das klassische und vorklassische Recht hätte wahrlich schlecht für die Bedürfnisse des Lebens gesorgt! Dabei zeigt uns P. Oxy. 271 schon aus dem Jahre 56 n. Chr. eine Zession ohne Mitwirkung oder Anwesenheit des Schuldners, die wie in BGU 1171 erwähnt wäre, wenn sie stattgefunden hätte. Das hellenistische Recht hätte also in der Tat die römische Entwicklung überflügelt, und wenn nicht die freie Zessibilität[26], so doch viel früher ein praktisch ausreichendes Surrogat geschaffen.

Demgegenüber will ich mich nicht auf D. 24. 3. 18 dafür berufen, daß bereits Ofilius eine Zession im Prozeß gekannt hat; denn die Echtheit der Stelle – der einzigen voraugusteischen unter den bei *Schulz* aufgeführten – ist zweifelhaft[27].

Eine freiwillige Zession ist aber eben für Ofilius mit Sicherheit bezeugt durch das ebenso wichtige wie schwierige D. 44, 4, 4, 6:

> *Quod si is, cui pecunia debeatur, cum debitore decidit et nomen eius vendidit Seio, cui debitor mandaverat, ut nomen emeret, deque ea re emptor stipulatus est, deinde creditor eam pecuniam retinet, quam per iudicem abstulit, an emptor ex stipulatu possit experiri?*

Die Schwierigkeit liegt im Tatbestand, um den sich *Pernice* und andere[28] bemüht haben: dunkel bleibt auch bei ihm das Verhältnis der *decisio*, die doch mindestens als *pactum* wirken mußte, zu dem weiteren Inhalt der Stelle, wonach der ursprüngliche Gläubiger noch die Forderung *per iudicem* einzieht. Ist beides dasselbe – gerichtlicher, bar erfüllter Vergleich – so ist der Käufer betrogen und eine Zession unter Mitwirkung des Schuldners, also die kognitorische undenkbar, aber die Frage schwer verständlich, ob der Betrüger die *exceptio doli* haben soll. Besteht aber der Vergleich nur in der Abrede, daß ein Mittelsmann dem Gläubiger durch Abkauf Deckung schaffen soll, und klagt der Gläubiger dann nach der Zession, die wiederum nur als prokuratorische denkbar ist, die Forderung doch selbst ein, so ist wieder er der Arglistige, Schutzunwürdige.

---

[25] Vgl. ZSSt. 27. 139.

[26] Zitate dazu oben N. 1; auch unten S. 224 f.

[27] *Schulz* aaO 134 verteidigt sie gegen *Pernice*.

[28] Labeo II 1, 237 (ähnlich schon *Bechmann* KritVJSchr. 10. 241); *Koschembahr*, Theorie 143 f.; *H. Krüger*, Exceptio doli 186 f.

Pernice und *Krüger* nehmen freilich an, daß gar keine „eigentliche Abtretung", kein *„mandatum ad agendum"* vorliege. Doch ist dies sehr unwahrscheinlich: denn ohne „eigentliche Abtretung" könnte – gerade – Ofilius nicht von *emere nomen* reden. Unklar bliebe dabei auch, was Kaufgegenstand wäre: Stipulation gegen bare Gegenleistung ist für römische Auffassung kein Kauf. Wohl aber paßt es aufs beste zu dem älteren römischen Kaufrecht, daß zu dem formlosen Kauf des *nomen* als Bestärkung die Stipulation hinzutritt, um eine künftige Verpflichtung des Verkäufers, Angriffe zu unterlassen, zu begründen[29].

Als Beitrag zur Datierung der Zession beweist die Stelle genug, und nicht bloß für die Zeit des Ofilius: Denn der Forderungskauf erscheint hier bereits als künstlich ausgeweitetes Institut, als eine Form, die zu heterogenen Zwecken gebraucht oder mißbraucht wird. In seinem natürlichen Anwendungsgebiet muß er also älter als Ofilius sein. – Ein Anhaltspunkt gegen *Eiseles* Datierung ergibt sich auch aus den beim Erbschaftskauf zur Anwendung kommenden Stipulationsformularen, die eine Zession – und zwar in beiden Formen – voraussetzen und die nach Gaius *olim*, d. h. vor dem *Trebellianum*, bereits *analoge* Anwendung finden konnten.

Nun ist freilich auch die Datierung des gewöhnlichen *cognitor ad agendum* durch *Eisele* nicht zu halten. Denn schon in Ciceros Rede *pro Rosc. Com.* (aus den 70er Jahren) vollzieht der *cognitor* die Litiskontestation[30]. Aber der *procurator*, auch der *in rem suam*, war gewiß *noch* älter: *Eisele* selbst sieht mit viel Wahrscheinlichkeit in der *formula Rutiliana* ein Abbild der prokuratorischen Formel und kommt so zu einem relativ früh beglaubigten Fall eines *procurator in rem suam*. Ja, es wird die Vermutung erlaubt sein, daß auch diesen *formulae*, wie denen des *Trebellianum*, eine Epoche vorausging, in der auf dem Umweg über Stipulationen erreicht wurde, was später einfacher durch *actiones utiles* geschah. Und daß bei dem verwandten Erbschaftskäufer der *procurator* älter als der *cognitor in rem suam* ist, wird noch durch das gaianische Formular bewiesen (unten S. 219).

Das Gesagte läßt sich so zusammenfassen: Die älteste Zession, die wir ermitteln können, ist die prokuratorische als Teil einer Vermögensüber-

---

29 S. darüber unten S. 219.

30 *Lenel*, ZSSt. 4. 153; *Wlassak*, Cognitur 37 ff., 54 ff. gegen *Eisele*, Cognitur 24 f., ZSSt. 5. 193. Übrigens ist *Lenels* Polemik (S. 153) zu Cicero § 35 nicht ganz zutreffend. Aus der LC sollte Flavius gar nicht auf das Vorhandensein einer *societas* schließen – davon wußte er *(sciebat)* – sondern nur, daß *d e r socius* gerade Fannius war.

tragung; sie läßt sich mindestens für das zweite vorchristliche Jahrhundert vermuten. Frühester Zeitpunkt ist andererseits – im Verkehr unter Römern – die *lex Aebutia,* die das *alieno nomine agere* ermöglichte. Ob der Fremdenprozeß hier voranging, wissen wir nicht, ob es im Bürgerverkehr eine Art *procurator in rem suam* ohne Fähigkeit zum *(lege) agere* schon vorher gab, können wir bestenfalls vermuten[31]. Wann und wie weit sich aus der Gesamt- die prokuratorische Einzelzession entwickelt hat, läßt sich nur in Zusammenhang mit der Entwicklung der Prokuratur überhaupt – von der allgemeinen Vermögensverwaltung zur Spezial- und gerade zur Prozeßprokuratur – beurteilen. Das Nähere ist dabei zweifelhaft. Sicher scheint mir jedenfalls, daß Gaius 4, 84 den Prozeßprokurator kennt, und daß deshalb die Versuche *Albertarios*[32], den Prokurator *unius rei* selbst Ulpian (in D. 3, 3, 1, 1; 46, 7, 3, 1) abzusprechen, von vornherein verfehlt sind. – Die Zession einer einzelnen Forderung ist mindestens Ofilius, um die Mitte des 1. Jahrhunderts geläufig – ob prokuratorisch oder kognitorisch, wissen wir nicht. Daß die Gesamtzession älter als die Einzelzession ist, können wir also nicht streng beweisen; wahrscheinlich ist es, wenn man die führende Rolle der ersteren im Auge behält und sich erinnert, daß auch zwei Jahrhunderte später die letzte Entwicklungsphase der römischen Zession vom Erbschaftskauf ihren Ausgang nimmt[33].

III.

Prokuratur oder Kognitur in rem suam

1. Noch weniger aber läßt sich die Kognitur ohne weiteres als die zur Verwendung *in rem suam* geeignetere Institution ansehen. Ihr ganzer Zuschnitt verwirklichte in der historischen Zeit viel stärker die Idee der Stellvertretung als die Prokuratur – und scheint schon deshalb weniger geeignet, ein Vorbild für die Zession abzugeben. Sie war es aber auch deshalb, weil sie wesentlich *Prozeß*vertretung war: Der klassische *cognitor* kann – recht im Gegensatz zum Prokurator[34] – weder Zahlung empfangen noch einen Vergleich schließen[35]. Natürlich ist ein solcher Satz

[31] Dazu unten S. 227 [Vgl. auch die oben N. 22 zitierten Abschnitte aus dem Werk *Luzattos*].

[32] [In der oben N. 22 zitierten Arbeit].

[33] [Vgl. jetzt zum Erbschaftskauf: *Cugia,* „Spunti storici e dommatici sull'alienazione dell'eredità" in Studi Besta (1939) I 511 ff.].

[34] D. 2, 14, 10, 2; 11 (Trebatius – Ulpian; Paulus).

[35] Stellen bei *Keller-Wach* § 308 N. 716 a, besonders Vat. 335; dort auch gegen

für den Zessionar unbrauchbar, und für ihn gilt er daher auch nicht (Paulus D. 2, 14, 2, 1). Aber die Unterscheidung beider Fälle setzt bereits die Existenz des zweiten voraus; die Praktiker, die die Vertretung *in rem suam* schufen, konnten noch nicht mit besonderen Rechtssätzen für dieses „nachgeformte" Institut rechnen. Als Anknüpfungspunkt diente der *cognitor* schlechthin – und wenn er von Haus aus keine Inkassovollmacht hatte, so war er eben von Haus aus ungeeigneter als der *procurator*.

Allerdings ist es nicht gewiß, daß er wirklich von vornherein der Einziehungsvollmacht entbehrt hat. Paulus D. 46, 3, 86 begründet freilich den Rechtszustand seiner Zeit damit: *absurdum est, cui iudicati actio non datur, ei ante rem iudicatam solvi posse.* Zu seiner Zeit stand die Überleitung der *actio iudicati* auf den *dominus* fest. Aber gerade dies war schwerlich von Haus aus[36] oder auch nur zur Zeit Ciceros der Fall. Das vorklassische *dominium litis* des *cognitor* war inhaltsreicher als das rein formelle der klassischen Zeit. Enthielt es ursprünglich auch die Befugnis, Zahlungen zu empfangen? und unter Ausschluß des *dominus?* Wenn ja – dann versetzt uns Ciceros *Rosciana* in Verlegenheit: denn Roscius hatte nach der Litiskontestation hinter dem Rücken seines *cognitor* sich mit dem Schuldner verglichen – und Cicero hält das nicht bloß für zulässig[37], er baut seine ganze Verteidigung darauf auf (§ 32): *licitum est: iure fecerunt multi: nihil tibi iniuriae feci:* Der Schuldner muß dann nach seiner Meinung absolviert werden. War aber der *dominus* verfügungsberechtigt[38], so tauchen die Fragen auf: War es der *cognitor* neben ihm? Oder war er es nicht, obwohl er die *actio iudicati* damals noch hatte? Oder hatte gar die Kognitur ihren Hauptvorzug gegenüber der Prokuratur: die Konsumtion der Klage, zu jener Zeit noch nicht entwickelt – alles Fragen, auf die wir keine Antwort geben können und hier auch nicht zu suchen brauchen.

2. Ganz unbestreitbar ist die bessere Eignung der Prokuratur auf der Passivseite. Der Prokurator übernimmt nicht nur an Stelle des *dominus* das Obligationsband, wie Vat. 332 es besonders treffend ausdrückt[39];

Eisele, Kognitur 105, der *pendente lite* weder den Vertreter noch den Vertretenen für befugt hält, Zahlungen anzunehmen.

[36] Vgl. *Wenger,* Inst. 87.

[37] Das Gegenteil folgert *Costa,* Cicerone Giurecons. II, 24 M. 3, 32 N. 3 – ohne die im Text angeführten Worte zu erwähnen – aus dem Vorwurf des (klagenden) Kognitors: *sine me decidisti* (§ 32).

[38] So *Keller-Wach* aaO; *Baron,* ZSSt. 2. 127.

[39] *Pro domino vinculum obligationis suscipit.*

er leistet selbst die Urteilskaution und befreit damit im Gegensatz zum *cognitor* den *dominus* sofort und endgültig. Freilich tritt gerade beim Erbschaftskauf, wo doch das Prinzip des sofortigen Ausscheidens des Erben aus allen Beziehungen der Erbschaft von den Römern so vollkommen entwickelt ist, daß alle modernen Rechte die römischen Sätze übernehmen konnten[40], einmal (in D. 3, 3, 42, 2) der Käufer als *cognitor*[41] auf, und der Erbe muß die Kaution leisten. Aber das ist leicht erklärlich, wenn der Erbe vermöglich, der Käufer unbemittelt ist, und das wird häufig vorgekommen sein; denn der wirtschaftliche Hintergrund des in Rom (anders als heute) so viel erörterten Erbschaftskaufs liegt doch wohl in der als Sport betriebenen gegenseitigen Erbeinsetzung der Vornehmen und einer daraus entstehenden Übung, die von Fernstehenden angefallene Erbquote durch Verkauf (an Händler oder Miterben) zu realisieren. Namentlich wenn hohen Aktiven hohe Schulden gegenüberstanden, wird die Neigung zum Verkauf groß, die Kautionsleistung aber für den Verkäufer oft unvermeidlich gewesen sein.

Als Zession hat die Kognitur vor der Prokuratur einen zweifellosen Vorzug[42]: Die Litiskontestation führt zur Konsumtion des Klagrechts. Ihre Schattenseiten werden meist zu wenig erwogen: sie erfordert zwar nicht Mitwirkung, aber „passive Assistenz" des Schuldners und ist also erst möglich, wenn die Person des Schuldners feststeht. Es bleibt aber auch die Frage, ob der *cognitor „ad agendum"* um den allein es sich handelt, wirklich in so schrankenloser Allgemeinheit zulässig war, wie es nach Gai. 4, 83 scheinen möchte. Hier sei nur im ganzen an *Wlassaks* Vermutungen[43] erinnert und der Zweifel hinzugefügt, ob man bei Abwesenheit des Schuldners gegenüber seinem Prokurator einen Kognitor anders als unmittelbar vor der Litiskontestation bestellen konnte, da das *ego tecum agere volo* unrichtig geworden wäre, sobald der zurückgekehrte Schuldner sich selbst verteidigte. Für die Übertragung eines ganzen Vermögens aber war die Prokuratur nicht nur historisch das nächste Vorbild (oben S. 212), sondern auch praktisch unentbehrlich, wollte der Verkäufer sich nicht kontinuierlich bereit halten, zum Prätor oder an

---

[40] S. *Maiers* Artikel „Erbschaftskauf" in *Schlegelbergers* Wörterbuch III 125 ff.

[41] Wegen der (zweifellosen) Itp. s. *Eisele,* Cogn. 50; *Lenel* 167.

[42] Dies betont *Schulz,* aaO 139 – Etwas ganz anderes ist die leichtere Translation *nach* vollzogener LC: darüber *Koschaker,* Translatio iudicii 110 f.

[43] Cognitur 20 f.; Wenn *Perozzi,* Ist. 2, 182 N. 2, mit seiner Behauptung Recht hätte, daß das zweite Formelpaar bei Gai. ein Emblem sei, wäre eine Kognitur überhaupt nur im Augenblick der LC statthaft.

ein auswärtiges Forum zu gehen und die Kogniturformel zu sprechen. Daß der Zessionar trotzdem ein Interesse daran und wohl auch einen Anspruch darauf hatte, daneben zum Kognitor bestellt zu werden, steht dem natürlich nicht entgegen[44].

3. Die Prokuratur war freilich mit einem schweren Mangel belastet: mit der Kaution, daß der Berechtigte nicht mehr selbst fordern, sondern genehmigen werde. Auch der *procurator in rem suam* mußte diese Kaution leisten[45], war er doch der Gefahr treulosen Handelns des „*dominus*" stärker ausgesetzt als ein Prokurator, der nur dem Interesse des *dominus* diente. Weit entfernt also, durch die Litiskontestation eine gesicherte Stellung zu erlangen – wie ganz allgemein gelehrt wird – beginnt mit diesem Zeitpunkt erst die eigentliche Gefahr für ihn: er riskiert nicht nur Verlust seiner Forderung, sondern muß befürchten, obendrein noch aus der Kaution in Anspruch genommen zu werden. Natürlich werden die Juristen geholfen haben, wenn der Schuldner vom Zedenten noch einmal in Anspruch genommen wurde. Wenn nach Ulpian (D. 2, 14, 16 pr.) schon die bloße Tatsache, daß dem Zessionar eine *actio utilis* neuen Rechts zusteht, dem Schuldner die *exceptio doli* gegen den Zedenten gibt, wenn andererseits schon für Trebatius (D. 2, 14, 10, 2) feststeht, daß der Schuldner mittels der gleichen *exceptio* sich gegenüber dem *dominus* auf das *pactum procuratoris* berufen darf, so darf man ohne unmittelbare Zeugnisse annehmen, daß die Litiskontestation des *procurator* genau so eine *exceptio* begründete[46]. Ja, vielleicht *mußte* der Schuldner die *exceptio* geltend machen, wollte er nicht seinen Rückgriff aus der Kaution durch *exceptio doli* des Prokurators verlieren. Daß dem Zessionar mit solcher Aussicht nicht für alle Fälle gedient war, liegt auf der Hand – ebenso, daß dies nicht der ursprüngliche Zustand gewesen sein kann[47]. Im entwickelten Recht war der Zessionar gegen solche Überraschungen durch die Klage aus dem Kausalverhältnis[47a] einigermaßen geschützt – wie umgekehrt in der schon mehrfach angeführten D. 3, 3, 42, 2 der Defensionsübernehmer mit der *actio ex vendito* haftet, wenn nicht er, sondern der Verkäufer bezahlt hat.

---

[44] S. dazu unten S. 222.

[45] Vgl. *Schulz*, aaO 139.

[46] Vgl. auch *Eisele*, ZSSt. 27, 59; *Bähr*, JherJahrb. 1. 373.

[47] Vgl. *Bähr*, aaO – Bei Cic. *Pro Rosc. Com.* paktiert der Beklagte mit dem *dominus*, obwohl schon die Litiskontestation mit dem *cognitor* vollzogen ist. Irgendwelche Schlüsse auf den *procurator* und auf die Frage, ob der Schuldner den erneuten Angriff des *dominus* hätte zurückweisen können, sind unmöglich.

[47a] S. oben S. 209.

4. Stärker und auf weiteren Gebieten mußte ein Schutz durch Strafstipulation wirken[48], dem wir zudem ein höheres Alter zubilligen könnten als dem durch die *actio empti* vermittelten. Für die Schuld- (Defensions-) Übernahme sind uns derartige Stipulationen mehrfach bezeugt, am besten durch Gai. 2, 252 für den Erbschaftskäufer, der dem Verkäufer neben der Indemnitätsklausel versprechen muß ... *si quis cum eo hereditario nomine ageret ut recte defenderetur.* Näheres wissen wir über den Inhalt dieser Kautionen nicht, namentlich nicht, ob sie auf eine feste Strafe oder auf *quanti ea res est* lauteten, ob sie – ähnlich der *stipulatio duplae*[49] – eine Denuntiationsklausel enthielten, usw. Auch für die Fälle, in denen sie vorkommt[50], ist kein Prinzip sichtbar, insbesondere nicht für ihre Abgrenzung von der mit der *cautio de ratio* ständig verbundenen, daneben aber auch selbständig vorkommenden *cautio de non amplius petendo:* es gibt Fälle, in denen beide Kautionen Platz zu greifen scheinen[51]. Rätselhaft ist das nicht: Die Zusage des Unterbleibens von Angriffen bestimmter Personen *(amplius non peti)* und die Abwehr von Angriffen *(defendi)* sind nicht Gegensätze, sondern ergänzen einander. Darauf wird noch zurückzukommen sein.

Daß hier die Stipulation ständig erscheint, hat freilich seinen guten Grund: Die Pflicht zur Defension *in rem suam* kann formlos nicht übernommen werden; daß Auftragsrecht nicht eingreift, lehrt D. 3, 3, 42, 2, und die *actio praescriptis verbis* in D. 39, 5, 28 ist itp.[52]. Das zeigt sich deutlich beim Erbschaftskauf, der den Käufer nur verpflichtet, den Verkäufer schadlos zu halten, aber nicht, ihn zu verteidigen: die Juristen erwähnen eine solche Pflicht nirgends, und Caracalla sagt geradezu (C. 4, 39, 2):[53]

Ut satis tibi detur, sero desideras, quoniam eo tempore, quo venumdabatur hereditas, hoc non est comprehensum. quamvis enim ea lege emerit, ut creditoribus hereditariis satisfaciat, excipere actiones hereditarias invitus cogi non potest.

---

[48] [Vgl. jetzt zum Kautionsproblem im allgemeinen: *Palermo,* Il procedimento sanzionale nell diritto romano (1942)].

[49] *Lenel,* EP³ 568.

[50] Stellen bei *Frese,* Studi Bonfante IV, 427 N. 113. Mehr bei *Cropp,* JurAbh. 1, 225 ff.

[51] Vgl. *Debray,* NRH 36. 1 ff.; *Lenel,* EP 541; vgl. z. B. D. 32. 11. 21 mit Cicero *Rosc. Com.* § 35.

[52] *Gradenwitz,* Itp. 136.

[53] Das gleiche Reskript beweist auch gegen *Bechmanns* Behauptung (Kauf nach Gem. R. 3 b 282), die Stipulationen hätten mit der Kontraktsklage nachträglich gefordert werden können; für die Verpflichtungen des Käufers ist dies nämlich unrichtig.

Die Käuferverpflichtung geht auf Geld und kann allenfalls durch eine Erfüllungs-, nicht aber durch eine Defensionsübernahme ersetzt werden.

IV.

Die Zessionsstipulation

1. Daß wir auch bei der Zession mit derartigen Stipulationen zu rechnen haben, ist wiederholt und namentlich von *Schulz* und *Rabel* vermutet worden[54]. *Schulz* nimmt sogar einen Zwang zu solcher Stipulation für alle Fälle des sog. *beneficium cedendarum actionum* an. Dazu stimmt es, daß der Kläger auch sonst Sicherheit leisten muß, wenn, wie namentlich bei der Wandlungsklage, die Kondemnation von einer Leistung von ihm abhängt[55]. Nicht anders liegt es da, wo der Beklagte sich durch Zession von einer strengeren Haftung befreien kann, wo also der *iudex* auf Grund der Zession absolvierte: auch hier zeigt die Parallele der Restitutionskaution[56] eindringlich, daß die *absolutio* nicht so billig zu haben war. Ja, mit Rücksicht auf die oben gestreiften besonderen Gefahren der Zession war die Kaution hier unentbehrlicher denn je, sollte nicht der Zessionar eine sichere Anwartschaft für eine unsichere preisgeben.

Aber nicht nur in solchen Fällen einer *„cessio necessaria"*, auch bei freiwilliger Zession scheint das Mißverhältnis zwischen der Leistung des Zessionars, also etwa des Forderungskäufers, und der des Zedenten unerträglich, wenn der letztere dem Käufer nichts als eine unsichere Anwartschaft gibt. Auch die Frage, was eigentlich Gegenstand des Kaufs eines *„nomen"*, und was der Inhalt der Verkäuferpflichten ist, läßt es mindestens zweifelhaft erscheinen, ob beides wirklich nur in der formlosen Ermächtigung besteht, die *actio* geltend zu machen. So drängen allgemeine Erwägungen zu der Annahme, daß im weitesten Umfang bei notwendiger und freiwilliger Zession Bestärkungsstipulationen stattfanden.

2. Was aber geben unsere Quellen dafür her? Auf den ersten Blick so gut wie nichts. Die Tätigkeit der Kompilatoren wird hier keine entscheidende Rolle spielen; sie sind – in ihrer Art – nicht minder Freunde von Kautionen als die Klassiker und hatten deshalb hier keinen Anlaß, radikal zu tilgen. Ebensowenig ist daran zu denken, daß etwa die Klassiker vorzugsweise an den *cognitor in rem suam* gedacht hätten, denn auch er war gefährdet (oben S. 207 ff.) und konnte der Kaution nicht entraten.

---

[54] *Schulz*, ZSSt. 27. 148; *Rabel*, Grundz. 477.

[55] S. *Levy*, ZSSt. 36. 58, und *Maier*, Bereicherungskl. 148.

[56] Bereicherungsklagen 137 ff.

Tatsächlich sind Spuren in den Quellen enthalten, die m. W. noch nicht zusammengesucht worden sind: *Schulz* konstatiert lediglich das Fehlen solcher Spuren und führt als „allenfalls" hierher gehörig D. 10, 2, 2, 5 an, während er D. 6, 1, 69 ebenso wie *Levy* auf das Versprechen künftiger Zession[57] bezieht. Auch *Rabel* scheint nicht mit Zeugnissen in den römischen Quellen zu rechnen.

3. Der älteste Beleg für das Vorkommen solcher Kautionen ist die schon benutzte Ofiliusstelle (D. 44, 4, 4, 6, oben S. 211); sie ist nicht nur wegen ihres Alters wertvoll, sondern auch wegen der Art, wie sie von der Stipulation, als von etwas Selbstverständlichem, spricht: *deque ea re stipulatus est* – das sagte offenbar dem römischen Leser genug. Die Stipulation scheint so sehr sich von selbst zu verstehen, daß sie hier überhaupt nur deshalb erwähnt wird, weil der Einfluß des Kausalverhältnisses auf sie erörtert wird, ja, sie wird offenbar in diesem Falle abgeschlossen, obwohl sie für die besonderen Umstände gar nicht paßt.

4. Die wichtigste Quelle aber gehört wieder zum Erbschaftskauf. Der Käufer – und nach seinem Vorbild der Universalfideikommissar – stipulierte nach Gai. 2, 252: *Ut etiam pateretur eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi.* Der Prokurator steht hier voran, und nach dem, was wir oben (S. 212) über relatives Alter und Eignung der Kognitur *in rem suam* zur Durchführung der Übertragung einer Vermögensmasse gesagt haben, ist es kaum zweifelhaft, daß diese Reihenfolge nicht zufällig ist – um so weniger als Gaius selbst in 2, 39 dem üblich gewordenen Sprachgebrauch und dem Vorbild des Albums[58] folgend den Kognitor zuerst nennt.

5. Das Formular dieser Stipulation stammt mindestens aus der ersten Kaiserzeit (oben S. 212). Daß es in der Hauptsache unverändert geblieben ist, wird nicht zu bezweifeln sein. Die hier nicht wiedergegebene Klausel über *quidquid ad te pervenit* ist gleichmäßig durch Celsus, Ulpian und wahrscheinlich auch durch den ihr genau folgenden Text der *lex Julia de marit. ord.*[59] bestätigt. Andererseits hatte Gaius diese Formulare noch vor Augen; sie gelten nicht nur beim Erbschaftskauf, sondern auch – nach dem *Trebellianum*[60] – bei Erbschaftsfideikommissen, oder genauer: sie kamen

[57] Darüber unten S. 229 f.

[58] Z. B. in der *cautio pro praede litis et vindiciarum* (*Lenel,* EP 521 N. 3, und Prob. Einsidl. 53).

[59] Vgl. D. 50, 16, 97; 45, 1, 50, 1; 24, 3, 64 und *Maier,* Bereicherungsklagen 13. [Vgl. jetzt *Niederländer,* Die Bereicherungshaftung im römischen Recht (1953) 145 ff.]

[60] [Zum Trebellianum jetzt zu vgl.: *Biondi,* Successione testamentaria e donazioni

durch das *Pegasianum* wieder in Übung. Das sagt uns nicht nur[61] Justinian (I. 2, 23, 3), sondern auch Gai. 2, 257 deutlich genug. Trat der Erbe freiwillig an und verzichtete er auf seine „trebellianische" Quart, so kam bis auf Paulus[62] das Trebellianum nicht zur Anwendung: Der Fideikommissar war nicht *heredis loco*. Aber er war auch nicht bloß *legatarii loco*, wie *Siber* annimmt: Damnationslegat der ganzen Erbschaft und auf diesen Fall berechnete Stipulationen hat es wahrscheinlich zu keiner Zeit gegeben[63]. Bei dem Partitionslegat (und -fideikommiß) aber, auf das die Redensart *legatarii loco* allein gemünzt ist, war die Stellung des Berechtigten allerdings eine andere, schwächere – und mit gutem Grund: der Erbe blieb hier zu einem Teil auch materiell berechtigt und verpflichtet. Hätte man den Grundsatz des Erbschaftskaufs, dem materiell Berechtigten auch die Aktiv-, dem Verpflichteten die Passivlegitimation für Erbschaftsprozesse zuzuerkennen, auch hier durchführen wollen, so hätte man nicht nur alle Prozesse verdoppeln müssen; man hätte vor allem die Gläubiger gar nicht zu einer solchen Teilung zwingen können (*arg.* D. 46, 7, 5, 7) und hätte bei Aktivprozessen mit der *exceptio litis dividuae* zu rechnen gehabt. Die Prozeßlegitimation mußte daher in einer Hand, und dann natürlich in der des Erben, bleiben; der Legatar konnte weder ein anteiliges Prozeßführungsrecht erhalten, noch eine anteilige Defensionspflicht übernehmen. Theophilus (2, 23, 5) ist deshalb gewiß auch hier[64] gut informiert, wenn er für diesen Fall wesentlich einfachere Stipulationen nennt als für den Fall des Erbschaftskaufs; der Legatar besonders läßt sich nur versprechen: *ἐὰν λάβῃς παρὰ hereditarlu debitoros κ̄ νομίσματα διδόναι μοι τὸ ἥμισυ*, und seine Gegenstipulation lautete entsprechend: er soll und darf nur im Innenverhältnis „Teilhaber" werden, während nach außen der Erbe allein auftritt. Gibt der Erbe aber freiwillig die ganze Erbschaft heraus, so besteht die Möglichkeit, und natürlich auch das Bedürfnis, ihn ganz aus den Rechtsbeziehungen der Erbschaft zu lösen; der Fideikommissar darf und soll nach außen auftreten, und solange das

---

(Trattato die diritto romano, 1943) 482 ff., 495 ff.; ferner: *Bartošek,* Senatus consultum Trebellianum (Prag 1945) und „Il senatus consulto Trebelliano" in Scr. Ferrini Mil. III 308 ff.]

[61] So *Siber,* RPR 363 N. 4; richtig *Kniep,* Gai. 2, 404.

[62] Sent. 4, 3, 2; *Siber,* aaO.

[63] [Dazu *v. Woess,* ZSSt. 53. 402 N. 3.]

[64] Vgl. *Lenel,* EP 184; *Wlassak,* Prozeßformel 90 N. 47; *Kniep,* Gai. 2. 403 f., macht bei seiner freien Rechtskonstruktion von dieser Quelle keinen Gebrauch. Immerhin wäre *Knieps stipulatio incerta* (etwa wie in Cicero Rosc. Com. § 37) praktischer. Vgl. auch D. 46, 4, 9.

Trebellianum unanwendbar ist, er also nicht *heredis loco* sein kann, erhält er durch Stipulationen die Stellung eines Erbschaftskäufers.

6. An ausreichender Information des Gaius ist also nicht zu zweifeln. Dennoch ist sein Referat gewiß nur eine summarische Zusammenfassung[65]. Nicht nur fehlt in dem ersten Stück, bei der Verpflichtung des Erben, das an ihn Gelangte herauszugeben, die Dolusklausel, die durch Ulpian D. 45, 1, 50, 1 bezeugt ist; auch die uns interessierende Klausel muß vollständiger gewesen sein. Sie muß zunächst nicht nur den verkaufenden Erben, sondern auch seine Rechtsnachfolger umfaßt haben. Wenn diese aus dem ersten Stück auch ohne ausdrückliche Erwähnung haften, wie uns Ulp. D. 18, 4, 2, 4 lehrt, und zwar wahrscheinlich für den Konsensualkauf[66], so handelt es sich doch dort um die selbstverständlich vererbliche *dare*-Stipulation. Bei einer Pflicht zu *pati* dagegen mögen wir – gleichviel, welches ihr näherer Inhalt sein mag – eine solche Erbenklausel in einem frühklassischen oder noch älteren Formular nicht missen[67]. Dahin führt auch eine andere Erwägung: Wenn die Gefährdung des Zessionars der Grund ist, aus dem wir den regelmäßigen Abschluß von solchen Stipulationen geradezu erwarten, und wenn für den – bei dem Erbschaftskauf im Vordergrund stehenden – *procurator* die Hauptgefahr ursprünglich in der Haftung aus der *cautio de amplius non petendo* usw. lag, so ist es eine berechtigte Vermutung, daß die Stipulation des Zessionars gerade diese Gefahr ins Auge faßte und die Voraussetzungen der *cautio de rato* sich mit denen der Zessionsstipulation weithin deckten. Jene aber enthielt zweifellos in ihrem zweiten Stück *(de rato)* die Erbenklausel, während sie im ersten Teil *(de non petendo)* eine noch allgemeinere Klausel gehabt zu haben scheint[68].

7. Die genannte Vermutung führt sofort einen Schritt weiter. In Buch 49 *ad Sab.* erörtert Ulpian (D. 50, 16, 178, 2) in zweifellosem Zusammenhang mit den Stipulationen beim Erbschaftskauf die Begriffe *actio, petitio, persecutio*. Diese drei *termini* kehren nebeneinander – abgesehen von der *stipulatio Aquiliana* und den Gesetzesinschriften – gerade bei der *cautio de non petendo* wieder[69].

---

[65] *Bechmann,* Kauf 3 b, 282; anders *Keller,* Inst. 329, der seine Rekonstruktion einfach dem gaianischen Bericht zugrunde legt.

[66] Anders *Scherillo,* BIDR 36, 72.

[67] Dazu *Scherillo,* aaO 29 ff.; *Rabel,* ZSSt. 49, 583 ff.

[68] So für das julianische Album *Lenel,* EP 541 mit Stellen; s. aber auch unten S. 227. – Damit ist zugleich die Frage nach der passiven Vererblichkeit entschieden.

[69] *Wlassak,* ZSSt. 42. 414 N. 3 mit Zitaten.

8. a) Der Deutung des Kernworts unseres Formulars, des *pati,* sind wir indessen noch nicht näher gekommen. Sicher unrichtig ist es nun, wenn *Kniep* in diesem *pati* lediglich eine Einschränkung erblicken will: „nur ein Dulden wird verlangt, keine positive Handlung, und also auch kein *mandare actiones*". Unrichtig ist dies schon deshalb, weil das *agere* des *cognitor* ein Tätigwerden des *dominus* voraussetzt. Auch der Prokurator braucht aber eine – freilich keine Form erfordernde – Ermächtigung, ohne die er nur *negotiorum gestor,* aber nicht *„procurator"* im Sinne des Ediktes ist[70]. Eine solche Ermächtigung wird nun regelmäßig im Abschluß des Kaufs und der Stipulation selbst liegen. Der Zessionar hat aber u. U. ein Interesse daran, später, wenn etwa der Schuldner bekannt wird, auch zum *cognitor* bestellt und dadurch von der *cautio de rato* befreit zu werden. Daß er darauf auch einen Anspruch hatte, kann man vielleicht schon aus dem *pati cognitorio nomine exequi* herauslesen, und jedenfalls aus der unten zu besprechenden *lex* D. 10, 2, 2, 5 entnehmen, wo bei einer Verteilung von Erbschaftsforderungen unter Miterben Stipulationen stattfinden: *„... ut alter alteri mandet actiones [procuratorem] ⟨cognitorem⟩*[71] *que eum in suam rem faciat".*

b) Wichtiger ist, daß auch diese Ermächtigung allein keineswegs genügt: soll das Formular nicht ganz unbrauchbar gewesen sein, so muß es den Erben auch verpflichten, selbst nicht zu klagen, Zahlung anzunehmen, Vergleiche zu schließen. Kann das alles in dem Wort *pati* liegen? Das Edikt kennt in der Klausel *de damno infecto* (D. 39, 2, 7 pr.) die Wendung: *qui neque caverit neque in possessione esse neque possidere passus erit.* Aber in der ausführlicheren und sorgfältigen Urkundensprache werden wir einen so knappen und für sich allein mehrdeutigen Ausdruck doch nicht suchen dürfen[72]. Vielmehr wird die Zusammenfassung auf Rechnung des Gaius kommen[73].

Pati ist nun überall das echte Gegenstück zu *prohibere: prohibere* ist die Handlung, die gegen das eben angeführte Edikt verstößt[74], die *actio prohibitoria* hat, wer nicht durch Servitut zum *pati* verpflichtet ist[75], und

[70] Vgl. *Lenel,* EP § 29, und D. 3, 3, 1, 1; 46, 7, 3, 2. – Anders die h. M., z. B. *Eisele,* Cognitur 58 ff.; *Wlassak,* Cognitur 47; *Mitteis,* RPR 341 N. 6; *Wenger,* Inst. 80 u. a.

[71] Vgl. dazu *Seckel,* s. v. procurator; *Beseler,* Beitr. III 181.

[72] a. M. offenbar *Keller,* aaO.

[73] Auf das itp. (vgl. *Beseler* III 142) D. 42, 1, 63 wird man sich zur Auslegung der Gaiusstelle nicht berufen können.

[74] Vgl. D. 39, 3, 17 und in verwandtem Zusammenhang D. 43, 4, 1, 3.

[75] D. 8, 5, 11; 7, 6, 5 pr.; vgl. *Lenel,* EP 190.

wie *prohibere* technisch die Handlung bezeichnet, die sich in Widerspruch mit einer Stipulation *ire, agere licere* setzt[76], so ist *pati* umgekehrt das einer solchen Stipulation gemäße Verhalten (vgl. z. B. D. 46, 3, 31). *Prohibere* ist danach soviel wie: *per te fieri quo minus,* dagegen *pati* = *per te non fieri quo minus.* Daß diese Definition nicht aus der Luft gegriffen ist, lehren die beiden anderen Stellen, in denen *pati* in einem Referat über den Inhalt einer Stipulation steht. Der Verpächter haftet dem *colonus* für *uti frui licere*[77], und zwar ohne Zweifel, wie es Ulpian D. 19, 1, 11, 18 beim Kauf ausdrückt, *per omnes licere*[78], d. h. er muß selbst *pati colonum frui*[79] und darf nicht selbst *prohibere*[80], er steht aber auch dafür ein, daß Dritte nicht den Fruchtgenuß hindern. Veräußert er das Grundstück, so haftet er dafür, daß der Käufer nicht hindert: *ut apud emptorem quoque . . . colono frui liceat* (D. 19, 2, 25, 1). Natürlich kann er dies wirksam nur durch Stipulation erreichen, und die Stipulation hatte schon für Mela den Inhalt (D. 33, 4, 1, 15):

> *Si fundus in dote fuit locatus a marito ad certum tempus (uxorum non alias fundum ex relegatione consequi, quam si caverit), se passuram colonum frui. . . .*

In der anderen Stelle (D. 24, 3, 57) behandelt Marcellus die Frage, wie ein *in dotem* gegebener Nießbrauch am Grundstück eines Dritten[81] nach Auflösung der Ehe der Frau zurückgegeben wird: direkte Übertragung des *ius utendi fruendi* ist ausgeschlossen, der Ehemann muß Kaution leisten: *quamdiu vixerit, passurum se uti frui mulierem heredemque eius.* In beiden Fällen ist das Ziel der Stipulation, das *uti frui licere* im bisherigen Umfange zu erhalten – das eine Mal gegenüber einem neuen Störungs-, das andere Mal zugunsten eines neuen Nutzungsberechtigten. In beiden Fällen ist die engste Anlehnung in der Formulierung an den bisherigen Zustand unerläßlich; man wird kaum zweifeln, daß die Stipulation nicht auf *pati,* sondern auf *neque per te neque per heredem tuum fieri, quo minus uti frui liceat* gerichtet war.

9. Übertragen wir dies Ergebnis auf unsere Stipulation, so haben wir statt *ut pateretur* uns etwa folgenden Inhalt zu denken: *neque per te neque*

---

[76] D. 45, 1, 2, 5. 6; 111; 131 pr.; 10, 2, 25, 12; 46, 3, 31.
[77] D. 19, 2, 9 pr.; 24, 4; 25, 1; 33.
[78] Dazu und zu allem, was folgt, vgl. *Rabel,* Haftung d. Verk. 34 ff.
[79] *Eod.* 9 pr. (itp.); 24, 4.
[80] *Eod.* 25, 1; 32; 33.
[81] Gleichviel ob dieser von vornherein Eigentümer war und den Nießbrauch bestellt hat – oder erst später das Grundstück von der Frau erworben hat. Wieweit das Nähere formell itp. ist (*Beseler* IV 212; s. auch Index Itp.), ist gleichgültig.

per heredem tuum fieri quo minus mihi (heredique meo)[82] *procuratorio agere liceat.* Eine solche Stipulation würde den oben gestellten Anforderungen genügen: denn ob der Zedent selbst klagt, Zahlungen empfängt oder sich vergleicht – immer liegt darin sicherlich ein *facere quo minus mihi agere liceat.* Andererseits wäre, wenn diese Formulierung Wirklichkeit war, ein Zusammenhang mit den Stipulationen *habere* oder *uti frui licere* unverkennbar. Gerade dies würde aber dem Zweck der Zessionsstipulation entsprechen. Es sei kurz an *Rabels*[83] Ergebnisse erinnert: noch Ulpian (D. 19, 1, 11, 18) kennt zwei Unterarten des *habere licere,* das „*habere licere* im engeren Sinne" *neque per te neque per heredem tuum fieri,* und das umfassendere *habere licere per omnes.* Das erstere entspricht der in den griechischen Urkunden ständigen Klausel: *μὴ ἐπελεύσεσθαί με μηδὲ τοὺς παρ' ἐμοῦ,* das zweite einer Kombination dieser Klausel mit der Zusage der Verteidigung gegen Drittangriffe. Das *per te non fieri quo minus* enthält also denjenigen Teil der Verkäuferpflichten, der sich auf das Verhalten des Verkäufers dem Käufer gegenüber für die Zukunft bezieht. Bei dem Forderungskauf kam der Natur des Gegenstands halber[84] eine Verteidigung gegen Drittangriffe nicht in Betracht; der einzige Dritte, der in die Forderung eingreifen könnte, wäre der Schuldner, und sein „Angriff" könnte nicht ohne Künstlichkeit als Eviktion behandelt werden und ist jedenfalls nie als solche behandelt worden[85]. Für den Verkauf einer Forderung war daher von den beim Sachverkauf gefundenen Klauseln allein die beschränktere brauchbar und ausreichend.

Daß das Formular des Sachkaufs unter entsprechender Abwandlung beim Forderungskauf verwandt wurde, lehrt uns für den griechischen Osten[86] vor allem P. Oxy. 271[87]: Herakleia „zediert" hier *τήν τε πρᾶξιν καὶ κομιδήν* und gestattet dem Zessionar *Παποντῶς: – – καὶ τὰ ἄλλα ἐπι-*

---

[82] Immerhin zweifelhaft, da auch für die Stipulation *habere-licere* die aktive Erbenklausel nach D. 45, 1, 38, 5 (anders 3 pr. *eod.*) gefehlt zu haben scheint: vgl. *Rabel,* Haftung 30 N. 4. Selbstverständlich folgt auch für die Zessionsstipulation des klassischen Rechts aus dem Fehlen der Klausel nicht die Unvererblichkeit der Berechtigung.

[83] Haftung 36 ff.

[84] S. jedoch auch unten S. 232.

[85] *Rabel,* Haftung 128.

[86] [Wegen der neueren papyrologischen Lit. s. ob. N. 2; dazu noch *Weber,* Untersuchungen zum gräko-ägyptischen Obligationenrecht (Münchner Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte XV, 1932) 75 ff.].

[87] S. oben S. 211; *Rabel,* Haftung 43, und gegen *Wenger,* Studi Fadda IV 83 ff. 90, wieder *Rabel,* Grundz. 477 N. 3: Die Urkunde enthalte nicht mehr, als wir für Rom erwarten dürfen.

τελεῖν[87a] *καθὰ καὶ αὐτῇ ἐξῆν, τὴν δὲ παρὰ ταῦτα ἔφοδον ἄκυρον εἶναι ἔτι καὶ ἐκτίνειν Ἡράκλειαν ἢ τὸν παρ' αὐτῆς ἐπελευσόμενον τῷ Παποντῶτι – – καθ' ἑκάστην ἔφοδον τό τε βλάβος καὶ ἐπίτιμον.* Die Anlehnung an die Sachkaufformulare ist deutlich. Interessant wäre, wer als Gegner des zu unterlassenden „Angriffs" zu denken ist. *Wenger* nimmt an: der Zessionar. Allein der Dativ *Παποντῶτι* gehört zu *ἐκτίνειν*, ja bei *ἐπέρχεσθαι* erwartet man eher *ἐπὶ τόν*, und in BGU 1171, wo eine Zession rückgängig gemacht wird, verpflichten sich beide Teile *μὴ ἐπελεύσεσθαι* gegen den Schuldner[88]. Nicht ein Angriff gegen den Zessionar wird wegbedungen, sondern die Klage gegen den Schuldner, ein *amplius agere* des *„dominus"* über den Kopf des Zessionars hinweg. Auch für Rom läßt sich eine entsprechende Verwandtschaft wahrscheinlich machen. Wie in den oben erwähnten Defensionskautionen eine Parallele zu der Verteidigungsklausel der Sachkaufurkunden *(ἐκδικήσειν, ἀποστήσειν)*[89], so liegt in der Stipulation *de non amplius petendo* dem Schuldner, in der Zessionsstipulation dem Zessionar gegenüber die Zusage, daß künftige Angriffe gegen den Schuldner unterbleiben. Die letztere stellt den Rückgriff des Zessionars in genau derselben Weise sicher wie der Verpächter sich für seine Haftung *(frui licere)* den Rückgriff gegen den Käufer dadurch sichert, daß er sich die Unterlassung von Angriffen gegen den Pächter zusagen läßt.

Anzeichen dafür, daß auch den Römern die Verwandtschaft dieser Formulare bewußt war, fehlen nicht. Vielleicht ist es kein Zufall, daß Ulpian (D. 45, 1, 38) die Stipulation *habere licere* gerade im gleichen Buch 49 *ad Sab.* wie den Erbschaftskauf und die zugehörigen Stipulationen erörtert[90]. Freilich kommt er in Buch 49 – nach *Lenel* am Schluß – auch auf andere Fragen, die nichts mehr mit dem Erbschaftskauf zu tun haben. Auch hat er die Stipulation des Käufers, die den Anknüpfungspunkt gegeben hätte, zuerst behandelt; er müßte also entweder das Erbschaftskaufrecht durch die lange Erörterung über die Stipulation *habere licere* unterbrochen haben – oder nach Erledigung der Verkäuferstipulation auf das *per te non fieri* zurückgekommen sein. Andererseits stand er dem *habere licere* „ganz ratlos gegenüber"[91], mußte also doch aus dem Zusammenhang einen Anlaß entnommen haben, auf diese Stipulation

---

[87a] Dazu vgl. BGU 1171, 21, 25.

[88] Pap. Oxy. 272 *καὶ οὐδὲν ἐγκαλῶ* ist dagegen gleichfalls nicht eindeutig. [Zu dieser Urkunde s. jetzt *Wolff*, Transact. Am. Philol. Ass. 72. 436 N. 54].

[89] Auch Bas. 7, 5, 67 geben das *defendere* in D. 5. 1. 74. 2 mit *διεκδικεῖν* wieder.

[90] *Lenel*, Ulpian 2961–2967.

[91] *Rabel*, Haftung 69.

überhaupt einzugehen. Der stark akzentuierte Anfang der *lex* 38 ließe sich jedenfalls vortrefflich an eine vorangehende Erörterung über das *per te heredemque tuum non fieri* anschließen.

Die geringe Überzeugungskraft dieser Erwägungen wird durch D. 45, 1, 4, 1 immerhin verstärkt:

Cato ... scribit poena certae pecuniae promissa si quid aliter factum sit, mortuo promissore si ex pluribus heredibus unus contra quam cautum sit fecerit, aut ab omnibus heredibus poenam committi ... aut ab uno ... ab omnibus, si id factum, de quo cautum est, individuum sit, ... at si de eo cautum sit, quod divisionem recipiat veluti „amplius non agi" tum eum heredem qui adversus ea fecit, ... solum poenam committere: differentiae hanc esse rationem, quod in priore casu omnes commisisse videntur, quod nisi in solidum peccari non poterit, illam stipulationem „per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat?". sed videamus, ne non idem hic sit, sed magis idem, quod in illa stipulatione „Titium heredemque eius ratum habiturum": nam hac stipulatione. ...

Eine halbwegs befriedigende Erklärung der Stelle hat noch niemand gegeben. Man weiß nicht einmal, von was für Stipulationen da eigentlich die Rede ist. *Beseler,* der den ganzen Passus den Byzantinern zuschreibt[92], bezieht die *cautio „amplius non agi"* auf die Klagenremission, die in der Form eines *cavere se non acturum esse* als Mittel der „judizialen" Konsumtion wiederholt bezeugt ist[93]. Allein in solchen Fällen wird eine *andere,* übrigens genau bezeichnete *actio* remittiert, und zu dieser Bezeichnung paßt das *amplius* nicht, das nur die *gleiche* Klage meint[94]. Das Wort *amplius* findet nun eine technische Verwendung eben bei der mit der *cautio de rato* regelmäßig verbundenen *cautio de amplius non petendo;* aber auch von ihr kann nicht wohl die Rede sein, obwohl an ihrem relativ hohen Alter nicht zu zweifeln ist[95]. Denn wenn der *dominus* (oder sein Erbe) noch einmal gegen den Schuldner klagt, haftet bei ihr nicht der Kläger, der nichts versprochen hat, sondern der kavierende *procurator*[96]. So ist man versucht, hier an die Zessionsstipulation zu denken, die gerade den „*dominus*" zu einem *amplius non agere* – entsprechend dem *μὴ ἐπελεύσεσθαι* in BGU 1171 (oben S. 225) – verpflichten mußte.

---

[92] ZSSt. 46. 100; *Beselers* stilistische Bemerkungen berücksichtigen nicht, daß wir es mit einem vorklassischen Juristen zu tun haben. Vor *illam* klafft ferner gewiß eine Lücke; aber ist dies ein Itp.-Merkmal? Vgl. auch *Bonfante,* Arch. giur. 85. 149 N. 3.

[93] Stellen bei *Pernice,* Labeo II, 1 271 N. 1; s. *Levy,* Konk. II, 1. 6. 57. 90 f.; *Beseler,* ZSSt. 44. 364 ff. leugnet die Klassizität dieses Instituts.

[94] S. schon *Debray,* NRH 36. 40.

[95] Cicero, Brutus 18; *Wlassak,* ZSSt. 42. 414 N. 3.

[96] So schon *Debray,* aaO 34; *Scherillo,* BIDR. 36. 46, 56.

Die Bedenken gegen diese Lösung sind gleichwohl allzu groß. Es ist sehr zweifelhaft, ob der im Jahre 152 verstorbene Cato die *lex Aebutia* erlebt hat, die mit dem *agere alieno nomine* überhaupt erst eine Zession im späteren Sinn, übrigens aber auch eine *cautio de rato* im Sinne des Albums ermöglichte. Und selbst wenn dies der Fall ist, müssen wir aus dem *amplius non agi*, das sich von dem sonst ständigen *peti* deutlich abhebt und nur einmal noch, in dem itp.[97] D. 9, 2, 27, 14 wiederkehrt, entnehmen, daß Cato an *legis actio* dachte: Denn „in der Fachsprache der republikanischen Juriskonsulten war *agere* soviel wie *lege agere* und gar nichts anderes“[98]. Man müßte denn gerade an eine unvollkommene Vorstufe der Zession, die den Zessionar nach außen überhaupt nicht oder erst nach der Litiskontestation (durch den Zedenten!) in Erscheinung treten läßt, denken.

Wie der Rest der Stelle aufgeht, ist vollends nicht zu sagen: die Lücke vor *illam* mit beliebigen Vermutungen auszufüllen, hat keinen Wert. Von der Ausfüllung der Lücke aber müßte es abhängen, ob der *nam*-Satz mit *hac stipulatione* die unmittelbar vorher genannte *Titium ratum habiturum* meint und deshalb *Beselers* Rotstift mit Recht zum Opfer fiele oder irgendeine andere Rückstipulation, die den Versprechenden zur Ratihabitation verpflichtet. Das wenige Sichere, das bleibt, ist aber doch nicht ganz bedeutungslos: daß Cato oder Paulus die Stipulation *ire licere* mit derjenigen *de rato* und beide mit einer dritten verglichen hat, die den Versprecher zu einem *non agere* verpflichtete und so für eine frühe Epoche die Existenz einer Klausel beweist, die später mindestens inhaltlich in der Zessionsstipulation enthalten sein mußte. –

Schließlich ist der altertümliche Ausdruck für Rechtsnachfolger *venientes a te personae,* den Ulpian D. 19, 1, 11, 18 gewiß aus dem Formelmaterial entnommen hat, nur[99] noch für ein Stipulationsformular bezeugt, und gerade für das der *cautio de rato*[99a].

10. Wahrscheinlich ist nach allem doch so viel, daß die Stipulation dem Verkäufer einer Forderung und seinem Erben als Dauerverpflichtung auferlegte, negativ: nichts zu tun, was das *agere* des Käufers beeinträchtigt, positiv: ihn zum *procurator* oder – was neben der in der Stipulation selbst liegenden Ermächtigung allein noch von Bedeutung

[97] *Lenel,* EP 542 N. 1; vgl. *Debray,* aaO N. 1.

[98] *Wlassak,* ZSSt. 42. 412; unrichtig hierzu *Scherillo* 56.

[99] *Berger* Strafklauseln 63, *Scherillo,* BIDR 36. 32.

[99a] D. 46, 8, 8, 2 (Venuleius). Das julianische Album hat diese Wendung kaum, vgl. *Lenel,* EP 541, und D. 46, 8, 23.

ist – zum *cognitor* zu machen. Die wenigen Zeugnisse, die wir für die Zessionsstipulation noch haben, ordnen sich zwanglos diesem Bilde ein. So zunächst D. 10, 2, 2, 5. Von dem *procuratorem facere* dieser Stelle war oben schon die Rede. Hier interessieren die Worte: *(stipulationes interpositae ... de divisione nominum), ut stetur ei ...* Sie entsprechen genau dem in den griechischen Urkunden so häufigen *ἐμμένειν,* besonders der Erklärung (CPR 222, 15): *ἕκαστος δὲ ἡμῶν ἐνμενέτω τῇδε τῇ διαιρέσει.* Auch in römischen Quellen scheint das *stare divisioni* geradezu technisch verwendet zu werden, wie aus D. 4, 8, 21, 3 und 26, 8, 20 erhellt. Zwar wird es – anders als das griechische Analogon – wohl nirgends in dieser Form versprochen, und auch in § 5 dürfte es sich daher nicht um wörtliches Zitat handeln. Die Worte mit *Beseler* (III 181) einfach zu tilgen, ist schon deshalb verkehrt, weil der Rest offenbar unvollständig wäre: was sollte die einfache Stipulation *cognitorem facere* nützen, ohne Kautelen dafür, daß der *dominus* nicht noch dem *cognitor* zuvorkommt? Es fehlte an der Dauerverpflichtung, den Bestand der Zession zu achten – und gerade sie liegt, deutlich genug, in dem *stare divisioni* ausgedrückt.

Von Strafklauseln, wie sie im P. Oxy. II 271 so typisch auftreten und wie sie dem *ἐμμένειν* automatisch zu folgen pflegen, erfahren wir in Rom nichts– wenn man nicht gerade aus der *stare*-Verpflichtung die Bestärkung durch Strafen herauslesen will. Nicht um Strafe handelt es sich insbesondere wohl in der Ofilius-Stelle (D. 44, 4, 4, 6) ... *deque ea re emptor stipulatus est, deinde creditor eam pecuniam retinet, quam per iudicem abstulit, an emptor possit ex stipulatu experiri?*

Vielmehr ist mir eine besondere Klausel wahrscheinlich, die den Zedenten für den Fall, daß er die zedierte Forderung selbst einzog, zur Herausgabe des Erlöses verpflichtete: wie sich bei Cicero (*Rosc. Com.* 37) der *cognitor* verpflichtet, „*quod a Flavio abstulero, Roscio me soluturum,* so scheint hier umgekehrt der Zessionar zu stipulieren: *Quoque a debitore abstuleris mihi soluturum te esse. ...* Bei dem Erbschaftskauf folgte diese Pflicht aus dem allgemeinen *quidquid pervenit restitui* – wenn Gaius nicht auch hier gekürzt hat. Sein Paraphrast (§ 70) berichtet von einer *sponsio: quidquid hereditario nomine exegeris, mihi dare spondes?,* und ganz ähnlich lautet das Formular bei Theophilus (2, 23, 4). Dieselben Klauseln finden sich jedenfalls bei den Kautionen im Wandlungsprozeß (D. 21, 1, 21, 2; 30 pr.).

---

100 [Zu dieser Stelle jetzt zu vgl. *Ehrhardt,* Litis aestimatio im römischen Formularprozeß (1934) 154ff.; *Carelli,* L'acquisto della proprietà per litis aestimationem nel

Aus der Dauerverpflichtung erklärt sich wohl auch D. 6, 1, 69:[100]:

Is qui dolo fecit quo minus possideret hoc quoque nomine punitur, quod actor cavere ei non debet actiones, quas eius rei nomine habeat, se ei praestaturum.

Schulz und *Levy*[101] denken an das Versprechen künftiger Zessionen. Warum nicht sofortige Zession „*officio iudicis*"? *Levy* denkt an den Fall, daß „der Verbleib der Sache unbekannt und sofortige Abtretung an den Vindikationsbeklagten deshalb untunlich ist". Das leuchtet nicht ein: Warum soll gerade hier Paulus den Fall spurlosen Verschwindens der Sache besonders behandeln, wo es die Juristen doch sonst nicht tun? Ja, wer dolos den Besitz aufgibt, wird in der Regel eher wissen, wohin er das Objekt verschoben hat, als der (nur fahrlässige) Verlierer. Und doch fragt auch da, wo es sich um *actio furti* (D. 47, 2, 54, 3) oder *condictio furtiva* (D. 19, 2, 25, 8; 60, 2; 47, 2, 81, 5 und 7) handelt, niemand danach, ob der Dieb bekannt oder, wie meistens, nicht bekannt ist; es wird geradezu als Ausnahme betont, wenn man ihn kennt (*habes unde petas*, D. 19, 2, 60, 2). Und warum soll, wenn der Schuldner unbekannt ist, die Zession „untunlich" sein. Zur Zeit des Paulus ist prokuratorische Zession unzweifelhaft in Übung und sogar, wenn *apud acta* erklärt, mit den Vorzügen der kognitorischen ausgerüstet. Etwas ganz anderes wäre sofortige Zession mit dem Versprechen, die Position des Zessionars künftig (durch Bestellung zum *cognitor*) zu stärken. Man könnte daran denken, daß *praestare rem* beim Sachkauf die technische Bedeutung hat, die formelle Entäußerungshandlung vorzunehmen (D. 19, 1, 11, 2). *Praestare actionem* hieße danach: zum Kognitor machen, und dieses *praestare* wäre hier als etwas Künftiges versprochen. Im justinianischen Recht wäre aber mit der Kognitur auch die Verpflichtung zu künftigem *praestare* weggefallen, und es wäre nur richtig, wenn Bas. 15, 1, 69, d. h. also wohl Stephanus in seinem Index, die *lex* 69 mit den Worten wiedergibt: *τὰς ἀγωγὰς οὐκ ἐκχωρεῖται τοῦ ἐνάγοντος.*

Trotzdem dürfte diese Hypothese zu künstlich sein. Es ist zweifelhaft, ob die *cognitoris datio* eine solche betonte Bedeutung hatte – und unerklärt, warum nur von ihr die Rede, die daneben notwendige gegenwärtige Zession aber totgeschwiegen ist. Das aus den Basiliken gewonnene Argument wird zudem durch einen Vergleich mit dem Gaius von Autun

---

processo civile romano (1934) 24 N. 41; 63; 70; 78 N. 138; 80 ff., 84 ff. N. 144; 88 N. 146; 91 c].

[101] *Schulz*, ZSSt. 27. 148; *Levy* ZSSt. 42. 501 N. 6; 43, 531. – Auch *Beseler* III 181, sieht in L. 69 einen besonderen „Mechanismus" erörtert.

und mit Theophilus widerlegt. Bei beiden finden wir den Bericht des Gaius interessant verändert: bei dem Paraphrasten (§ 70) sind leider nur die Worte *actionem cedere* aus den Trümmern zu retten – Theophilus aber gibt die ganze Stipulation: *καὶ ἐκχωρεῖν μοι τὰς ἀγωγὰς ὥστε δυνηθῆναί με procuratorio nomine κινῆσαι ταύτας. . . .* Was bei Gaius Inhalt einer künftigen Dauerverpflichtung ist, wird hier Folge (*ὥστε*) eines einmaligen Aktes – und zwar doch wohl eines gegenwärtigen: Zwar das Praesens *ἐκχωρεῖν* könnte genau so Zukunftsbedeutung haben, wie das gleich folgende *διδόναι*. Aber das *tempus* allein ist keine verläßliche Grundlage, wo Stipulation und Homologiestil durcheinandergehen; inhaltlich wäre künftiges *cedere* unverständlich.

Cavere actiones se praestaturum esse heißt aber dann m. E. nichts anderes als anderwärts *actiones praestare. Schulz* hat festgestellt[102], daß bis zur Mitte des zweiten Jahrhunderts als eigentlicher *terminus* für Abtretung *praestare* gebraucht wird und daß erst um diese Zeit *mandare* und *cedere* hinzutreten. *Schulz* bringt diese Beobachtung in Zusammenhang mit seiner Theorie, daß bis zur gleichen Zeit die Kognitur das einzige praktisch bedeutsame Zessionsinstitut und für sie, die kein Mandat voraussetzte, der Ausdruck *actiones mandare* unverwendbar gewesen sei[103]. Mit jener Theorie wird auch diese Erklärung hinfällig. Aber kann *praestare* nicht deshalb technischer Ausdruck für Forderungsabtretung gewesen sein, weil es sich gerade hier nicht um einmalige Übertragung, sondern stets, und viel ausgeprägter als beim Sachkauf, wenigstens der historischen Zeit, um eine Dauerverpflichtung handelt? Kann *actionem praestare* heißen: dafür einstehen, daß der Zessionar die *actio* wirklich hat?

Die Grundbedeutung von *praestare* ist – wofür auch die Ableitung von *praes* angeführt zu werden pflegt – das Gewährleisten[104] [105]. Der Weg, auf dem sich von da aus die Bedeutung des (primären) Leistens entwickelt hat, ist im großen ganzen erkennbar. Einige zweifelhafte Fälle bleiben, und zu ihnen gehört das *possessionem praestare* in D. 44, 3, 6 pr., das, gleichviel ob als primäre oder Gewährleistungspflicht gedacht – nur heißen kann: dafür einstehen, daß der andere den Besitz hat und behält. Es läßt sich nur vermuten, daß eine gleiche Bedeutung dem *actionem praestare* überhaupt und namentlich in D. 6, 1, 69 zugrunde liegt.

---

102 ZSSt. 27. 148 f.

103 [Vgl. jetzt auch *Cugia,* St. Arangio-Ruiz IV 291 ff.].

104 Vgl. *von Mayr,* ZSSt. 42. 198 ff.; *Siber,* RPR 238 ff.

105 [Vgl. zu *praestare* jetzt auch *Pastori,* Profilo dogmatico e storico dell' obbligazione romana (1951) 143 ff].

11. Die Quellenzeugnisse für die Zessionsstipulation sind erschöpft. Es bleibt die Frage, warum sie so wenig zahlreich sind. Die Antwort wird nur lauten können: Man erwähnt die Stipulation nur da, wo es gerade auf sie ankommt, wie in der Ofiliusstelle, und sie kann für die Regel umso leichter mit Stillschweigen übergangen werden, je selbstverständlicher sie mit dem Begriff *actionem praestare* oder *nomen vendere* verknüpft war. Ähnliches sehen wir auch sonst: die Restitutionskaution wird von Ulpian in D. 24, 3, 64 pr. ignoriert, obwohl er selbst sie in 24. 4 *eod.* (aus einem anderen Werk) für den gleichen Fall unanfechtbar[106] bezeugt. Vor allem aber reden die Juristen ganz unbefangen von *vendere* und *donare usumfructum*[107] – und doch wissen wir aus D. 24, 3, 57 (oben S. 223), daß eine Übertragung wie bei Forderungen unmöglich war und das Recht der Ausübung unter Zuhilfenahme der Stipulation *uti frui licere* bewirkt oder bestärkt wurde. Mit dem letzten Punkt ist schließlich noch eine andere Frage berührt: die nach dem Verhältnis von Kaufvertrag und Zessionsstipulation.

Der formlose Sachkauf konnte von Haus aus eine über den Austausch der Leistungen hinaus bestehende Verpflichtung des Verkäufers nicht erzeugen, er bedurfte der Ergänzung durch Stipulationen – *habere licere* und *vacuam possessionem tradi*[108]. Jene Stipulation ist noch für Neraz und diese anscheinend[109] noch für Proculus Voraussetzung der Haftung. – Beim Servitutenkauf ist die letztere nicht möglich; Labeo und Sabinus fordern an ihrer Statt eine Stipulation *ire agere licere*[110]. Beim Forderungskauf ist dergleichen nicht überliefert. Sollen wir deshalb annehmen, daß er diese Stadien nie durchlaufen hat? daß er von vornherein formlos diese Haftungen entstehen läßt, oder anders ausgedrückt: daß er erst zu einer Zeit aufkam, da der Konsensualkauf als solcher voll entwickelt war und alle Verkäuferpflichten aus sich heraus erzeugte?

Sicher ist allerdings, daß der Forderungskauf ohne Andeutung eines Eviktionssystems eine reine Haftung für den rechtlichen Bestand der Forderung *(debitorem esse praestare)* erzeugt[111]. Indessen darf die Trag-

---

[106] S. *Maier,* Bereicherungsklagen 140 N. 3.

[107] *Siber,* RPR 114 N. 13, hält diese „unlogische Redeweise" für itp.-verdächtig; sie ist es so wenig wie *nomen vendere.*

[108] Zum folgenden *Rabel,* Haftung 2, 65 [*Coing,* Seminar 8 (1950) 6 ff.].

[109] *Rabel,* Haftung 90 ff.; Mél. Girard 2, 397.

[110] D. 8, 1, 20; 19, 1, 3, 2. *Rabel,* Mél. Girard 397, Grundz. 464 N. 1.

[111] Vgl. *Rabel,* Haftung 1 N. 1, 128; auch oben S. 211 f. Übrigens hat *Bechmann,* Kauf II 438, dies nicht bestritten: seine Behauptung, daß der Kauf nicht bestehender

weite dieses Satzes nicht überschätzt werden: denn ein Verkauf fremder Forderungen, der sich vor allem mit dem Verkauf fremder Sachen vergleichen ließe, kommt in unseren Quellen gar nicht vor. „*Creditor*" ist immer der ursprüngliche Gläubiger einer Forderung: der Zessionar heißt, soweit ich sehe, nirgends so, und auch der Schuldner heißt zwar bei Gordian (C. 8, 53, 2), aber wohl nirgends bei den Juristen *debitor* des Zessionars. Die Formel *debitorem esse praestare* bedeutet daher *nur* Haftung für den rechtlichen Bestand der Forderung – ganz im Sinne unseres aus ihr erwachsenen § 437 BGB –, nicht aber auch Haftung dafür, daß die Forderung dem Verkäufer und nicht etwa einem Dritten zusteht *(debitorem meum esse)*[112]; sie bezieht sich nur auf das Verhältnis zum Schuldner, nicht aber auf das zu dritten Forderungsprätendenten. Es kann gezeigt werden, daß auch die Römer zwischen fremden (als eigenen verkauften) und überhaupt nicht existierenden Forderungen unterscheiden *konnten*. Das *debitorem esse praestare* geht jedenfalls über ein Haftungssystem, das „Eviktion" durch den Schuldner – gerichtliches Obsiegen mit seinen Einwendungen usw. oder nachträglich mit einer *condictio indebiti* – voraussetzen würde, in dem praktischen Ergebnis, soweit wir es nach den Quellen feststellen können, nicht hinaus.

Im übrigen dürfte der Glaube an die ursprüngliche Vollwirksamkeit des Forderungskaufs schon durch die oben gegebene Datierung ausgeschlossen sein. Dies um so mehr, als eine eigentliche Entäußerungserklärung, die den Vollzug des Sachkaufs bildet, gar nicht möglich ist und deshalb die Pflicht künftiger Unterlassung von Angriffen eine ganz andere Bedeutung als beim Sachkauf hat. Schematische Parallelen und Analogieschlüsse von dem letzteren verbieten sich von selbst. Unter den Akten, die der Sachverkäufer schuldet – *praestatio rei, stipulatio vacuam possessionem tradi, stipulatio habere licere* – hat jeder seine Berührungspunkte mit der Zessionskaution; steht dieser die letztgenannte Stipulation formularmäßig am nächsten, so erscheint sie doch auch nicht untauglich, die Funktion der *tradi*-Stipulation zu erfüllen, sobald wir uns erinnern, daß diese beim Servitutenkauf durch eine *stipulatio ire licere* ersetzt ward – wie ja andererseits eine solche Stipulation bei dem Kauf von Provinzialservituten geradezu als der der *praestatio rei* entsprechende Entäußerungsakt erscheinen muß. Aber wenn sich eine einfache Gleichsetzung mit einem der Akte, namentlich auch einer der beiden Stipulationen ver-

---

wie derjenige fremder Forderungen behandelt worden sei, bezieht sich nur auf die Frage der Nichtigkeit des Vertrages. Vgl. die Andeutung S. 439 und 3 b, 263.

[112] Welch letztere wir heute nach § 433 I 2 behandeln müssen.

bietet – so scheint mir doch gerade durch die Zeugnisse von Sach- und Servitutenkauf aus dem ersten *nach*christlichen Jahrhundert soviel sicher, daß auch der Forderungskauf von Haus aus und zur Zeit des Ofilius der Bestärkung durch Stipulationen nicht zu entraten vermochte. „*Nomen vendidit . . . deque ea re emptor stipulatus est*“: Kauf und Stipulation gehören zusammen und sind auch dann unzertrennlich, wenn das Formular der Stipulation dem konkreten Vertragswerk widerspricht; das älteste Zeugnis ist zugleich das stärkste für die Rolle, die die Stipulation auch in der Geschichte der Zession spielt.

V.

Ergebnisse

Fassen wir zusammen, um an den Ausgangspunkt anzuknüpfen: Zession und Forderungskauf reichen in Rom in frühere Epochen hinein und die Stellung des Zessionars ist auch ohne Stipulation doch etwas fester als man sonst wohl glaubt. Vor allem aber trat die Zession in Verbindung mit einer bestärkenden Stipulation auf: Gewiß in ihren Anfängen, die zweifellos beim Kauf (oder Erbschaftskauf) liegen, und wahrscheinlich in der ganzen klassischen Zeit, bis sie durch die *actiones utiles* entbehrlich wurde – in paralleler organischer Entwicklung zu derjenigen, die sicher bei der Kaufstipulation des Universalfideikommissars (durch das *Trebellianum*) und wahrscheinlich bei der Stipulation des Nießbrauchkäufers (durch die prätorische *actio utilis*)[113] sich vollzog[114]. – Die Zessionsstipulation entstammt der gleichen vorklassischen Formularpraxis wie die *habere licere*-Stipulation des Sachkäufers. Unmittelbare Wirkung dem Schuldner gegenüber hat sie freilich nicht begründen können, aber auch das *habere licere* stammt aus einer Zeit, da durch Sachkauf nur relatives Eigentum vermittelt wurde[115]. Der Sachkauf hat diese Entwicklungsstufe überwunden, während der Forderungskauf in der ganzen römischen Zeit nicht über sie hinausgekommen ist. Insofern ist die Kluft zwischen beiden nicht zu übersehen. Aber von dem lebensfremden Formalismus des *vinculum inter personas*, den *Mühlenbruch* den älteren Klassikern zutraute, ist das von ihnen wirklich geübte Recht doch weit entfernt.

---

[113] D. 20, 1, 11, 2 i. f. Vgl. *Rabel*, Grundz. 451.

[114] [Zur Veräußerung des Nießbrauchs s. auch *De Francisci*, St. Ascoli (1932) 55 ff. und *Solazzi*, SDHI 16 (1950) 277 ff.]

[115] *Rabel*, Haftung 54 ff. [Zum relativen Eigentum vgl. heute *Kaser*, Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht (1943) passim, ZSSt. 61 (1951) 131 ff.; *Meylan*, Mélanges Guidan (Lausanne 1950) 20 ff.].